



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2016

Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte

Wherlock, Alexander ; Von der Crone, Hans Caspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-129816>
Journal Article

Originally published at:

Wherlock, Alexander; Von der Crone, Hans Caspar (2016). Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 88(1):96-107.

Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte

Bundesgerichtsurteil 4A_42/2015 vom 9. November 2015

Mit Bemerkungen von RA MLaw Alexander Wherlock und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
 - 1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. November 2014
 - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2015
- III. Bemerkungen
 - 1. Konto-/Depotbeziehung
 - 2. Genehmigungsfiktion
 - 3. Zustellungsfiktion bei Vereinbarung banklagernder Korrespondenz
 - 4. Schlussbemerkungen

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Die A. Trust Corporation (Beschwerdeführerin 1) und die B. Corporation (Beschwerdeführerin 2) sind zwei auf den Britischen Jungferninseln domizilierte und inkorporierte Gesellschaften. Die Beschwerdeführerin 1 verfügt seit Februar 2006 und die Beschwerdeführerin 2 seit Mai 2008 über Konti und Wertschriftendepots bei der Bank X AG (Beschwerdegegnerin, Bank X). C ist wirtschaftlich Berechtigter (bzw. Begünstigter) des Vermögens beider Beschwerdeführerinnen und ist hinsichtlich der Konti und Wertschriftendepots bevollmächtigt, Anlageentscheide zu treffen bzw. die Anlagestrategie festzulegen.

Im Juni 2008 kontaktierte C telefonisch den zuständigen Kundenberater der Bank X und erklärte ihm gegenüber, dass die zugestellten Depotauszüge unautorisiert getätigte Optionsgeschäfte enthalten würden. Trotz dieses Hinweises an den Bankmitarbeiter waren in den Depotauszügen der Folgemonate Juli, August, September und Oktober weiterhin unautorisierte Optionsgeschäfte aufgeführt. Die Beschwerdeführerinnen unterliessen es allerdings, erneut Widerspruch gegen jene Positionen zu erheben. Erst nachdem sie später aufgrund der umstrittenen Transaktionen wesentliche Verluste erlitten hatten,

richtete sich C am 4. Dezember 2008 mit einem Faxschreiben an die Bank X und teilte ihr mit, er habe die verlustbringenden Transaktionen weder autorisiert noch davon Kenntnis gehabt. Vor diesem Hintergrund reichten die Beschwerdeführerinnen schliesslich am 9. Dezember 2010 beim Handelsgericht Zürich Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein. Im Rahmen ihrer Rechtsbegehren forderten sie den Ersatz der erlittenen Verluste und die Rückzahlung geleisteter Schuldzinsen und Kreditkommissionen.

II. Erwägungen der Gerichte

1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. November 2014

Umstritten war im Verfahren vor Handelsgericht zunächst die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Die Beschwerdeführerinnen argumentierten, es liege ein Vermögensverwaltungs-, eventualiter ein Anlageberatungsvertrag vor. Das Handelsgericht folgte hingegen der Argumentation der Beschwerdegegnerin und qualifizierte das Vertragsverhältnis als reine Konto-/Depotbeziehung (sogenanntes *execution-only*-Verhältnis).¹

Strittig war überdies, ob die Beschwerdeführerinnen die beanstandeten Transaktionen in Auftrag gegeben hatten oder ob die Bank X die Optionsgeschäfte unautorisiert getätigt hatte. Das Handelsgericht liess die Frage offen, da es zum Schluss kam, die Beschwerdeführerinnen hätten die entsprechenden Transaktionen nachträglich genehmigt.² Diese Auffassung stützte das Gericht auf eine in den AGB der Bank X enthaltene Genehmigungsklausel mit folgendem Wortlaut:

«If the Bank fails to send a communication which the client expects, the client must nevertheless lodge his complaint as if he had received the communication by ordinary mail. [...] Objections concerning account or safekeeping account statements must be submitted within one month of receipt.»

Das Handelsgericht gelangte hinsichtlich der Beschwerdeführerin 1 zum Schluss, dass die zunächst gewinnbringenden und vorliegend umstrittenen Optionsgeschäfte bereits ab Herbst 2007 in den zugestellten Vermögensauszügen ersichtlich gewesen sei-

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

¹ HGer ZH HG100325-O vom 20. November 2014, E. 3.

² HGer ZH HG100325-O vom 20. November 2014, E. 4.

en. Die Beschwerdeführerin 1 habe aber erst per Ende Juni 2008 telefonisch und mit unklarem Inhalt die unautorisierten Transaktionen bei der Beschwerdegegnerin gerügt. Sie habe es in der Folge überdies unterlassen, Widerspruch gegen die in den Folgemonaten zugestellten Depotauszüge zu erheben, obwohl weiterhin unautorisiert getätigte Transaktionen aufgeführt waren. Das Handelsgericht führte weiter aus, das genannte Faxschreiben vom 4. Dezember 2008, mit dem sich C gegen die umstrittenen Transaktionen beschwert habe, sei nicht innerhalb der vereinbarten Widerspruchsfrist von einem Monat seit Zustellung der Depotauszüge erfolgt und erst, nachdem im Zusammenhang mit den Optionsgeschäften nach anfänglichen Gewinnen seit längerem nur noch Verluste eingetreten seien. Ein solches Verhalten verstosse gegen Treu und Glauben. Überdies sei die Reklamation nicht im Namen der Beschwerdeführerin 1 erhoben worden. Entsprechend seien die umstrittenen Transaktionen von der Beschwerdeführerin 1 genehmigt worden.³

Hinsichtlich der Beschwerdeführerin 2 stellte das Handelsgericht fest, es sei banklagernde Korrespondenz vereinbart worden. Das *Agreement for the Opening of a Client Relationship* vom 9. Mai 2008 zwischen der Beschwerdeführerin 2 und der Bank X halte in diesem Zusammenhang fest, sämtliche Korrespondenz gelte als zugestellt, sobald diese physisch oder elektronisch im Kundendossier der Beschwerdeführerin abgelegt worden sei. Die Depotauszüge hinsichtlich der umstrittenen Transaktionen würden aufgrund der Banklagernd-Vereinbarung als der Beschwerdeführerin 2 zugestellt gelten. Entsprechend sei auch in Bezug auf diese die zitierte Genehmigungsklausel anwendbar. Das Handelsgericht kam zum Schluss, die Beschwerdeführerin 2 habe sich nicht innerhalb der Widerspruchsfrist über die umstrittenen Transaktionen beschwert, da der erhobene Widerspruch im Rahmen des Faxschreibens vom 4. Dezember 2008 – auch unter dem Aspekt von Treu und Glauben – zu spät und überdies nicht in ihrem Namen erfolgt sei. Schliesslich prüfte das Handelsgericht eingehend, ob eine Berufung der Bank X auf die Genehmigungsfiktion bei banklagernder Korrespondenz rechtsmissbräuchlich sei und verneinte diese Frage.⁴

Den geschilderten Erwägungen entsprechend wies das Handelsgericht die Klage gegen die Beschwerdegegnerin mit Urteil vom 20. November 2014 ab. Die Beschwerdeführerinnen gelangten in der Folge mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

2. Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2015

2.1 Risikoaufklärung bei Konto-/Depotbeziehungen

Die Beschwerdeführerinnen machen im Rahmen ihrer Beschwerde zunächst geltend, die Berufung auf die Genehmigungsfiktion durch die Bank X sei bereits aufgrund ungenügender Risikoaufklärung nicht statthaft. Die Vorinstanz erkenne die Aufklärungs- und Warnpflichten, welche die Beschwerdegegnerin angesichts des massiven Risikos der betroffenen Anlagen gehabt habe und verletze dementsprechend Art. 398 Abs. 2 OR.⁵

Unter Berufung auf seine bisherige Rechtsprechung⁶ erklärt das Bundesgericht, dass eine Bank im Rahmen eines *execution-only*-Verhältnisses keiner generellen Interessenwahrungspflicht unterliege. Grundsätzlich bestehe im Rahmen gezielter Weisungen des Kunden zu kontorelevanten Verfügungen keine Beratungspflicht der Bank, wenn der Kunde durch die unbedingte Erteilung entsprechender Aufträge oder Weisungen zu erkennen gebe, dass er Aufklärung und Beratung seitens der Bank weder benötige noch wünsche. Dementsprechend müsse die Bank ihre Kunden in der Regel auch nur auf Verlangen hin über die Risiken eines bestimmten, in Auftrag gegebenen Geschäfts aufklären. Eine weiter gehende Warnpflicht könne jedoch in Ausnahmefällen bestehen. Dem Bundesgericht zufolge ist eine solche insbesondere zu bejahen, wenn die Bank bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat oder wenn sich in der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus dem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf.⁷

⁵ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 4.

⁶ Siehe BGE 133 III 97.

⁷ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 4.2; BGE 133 III 97, E. 7.1.2.

³ HGer ZH HG100325-O vom 20. November 2014, E. 4.5.2.

⁴ HGer ZH HG100325-O vom 20. November 2014, E. 4.5.3.

Im vorliegenden Fall hatten die Beschwerdeführerinnen gemäss den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen bei Aufnahme der Geschäftsbeziehungen je eine Erklärung (*Agreement regarding Option and Forward Transactions*) unterzeichnet, wonach sie über die Risiken von Optionsgeschäften aufgeklärt worden seien. Entsprechend würden sie als mit den Risiken des Optionshandels vertraut gelten.⁸ Überdies ergeben sich dem Bundesgericht zufolge weder aus dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt noch aus den Rechtsschriften der Beschwerdeführerinnen weitere Umstände, welche die Bejahung einer besonderen Aufklärungspflicht im Rahmen des vorliegenden Vertragsverhältnisses rechtfertigen würden.

2.2 Anwendbarkeit der Genehmigungsklausel

Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen die Anwendung der Genehmigungsklausel durch die Vorinstanz im Verhältnis zur Beschwerdeführerin 1. Ihrer Ansicht nach habe die Vorinstanz zu Unrecht nur im Verhältnis zur Beschwerdeführerin 2 geprüft, ob die Berufung auf die Genehmigungsklausel rechtsmissbräuchlich sei und ob deren Anwendung zu einem unbilligen Ergebnis führen würde.

Das Bundesgericht erklärt diesbezüglich, dass die Parteien mit einer Genehmigungsfiktion vereinbaren würden, dass ein rein passives Verhalten des Bankkunden als stillschweigende Annahme des Kontoauszugs im Sinne von Art. 6 OR zu werten sei. Nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung seien dahingehende Vereinbarungen zulässig und hätten zur Folge, dass der Bankkunde, der eine von der Bank vorgenommene Transaktion nicht innert Frist beanstande, diese genehmigen würde.⁹ Das Bundesgericht hält weiter fest, ein Richter könne in Fällen, in denen banklagernde Zustellung vereinbart worden sei, unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB auf Unverbindlichkeit der Genehmigungsfiktion erkennen, wenn die Anwendung nach den Umständen des Einzelfalls zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führen würde. So dürfe sich eine Bank nicht auf die Genehmigungsfiktion berufen, wenn sie diese benutze, um ihre Gegenpartei absichtlich zu schädigen. Sodann setze die Genehmigungsfiktion voraus,

dass dem Kunden die Reklamation objektiv möglich und zumutbar sein müsse; sie könne durch den Nachweis umgestossen werden, dass die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung gewusst habe.¹⁰

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist die Anwendung der Genehmigungsfiktion im Verhältnis zur Beschwerdeführerin 1 allerdings vor dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht zu beanstanden.¹¹ Vor dem dargestellten Sachverhalt könne sich die Beschwerdeführerin 1 nämlich von vornherein nicht auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Bank X berufen.¹² Dem Bundesgericht zufolge darf, wer als Kunde in einer reinen Konto-/Depotbeziehung in den zugestellten Bankauszügen Transaktionen findet, die er nicht in Auftrag gegeben hat und nicht gegen sich gelten lassen will, sich nicht mit einer einmaligen telefonischen Reklamation beim Kundenberater begnügen, es bei einem mündlichen «Verbot» zukünftiger unautorisierter Transaktionen bewenden lassen und die weiteren Entwicklungen abwarten, um dann mehrere Monate später ausserhalb der Rügefrist, wenn Verluste eingetreten sind, sämtliche angeblich nicht autorisierten Geschäfte zu beanstanden. Soweit der Kunde die Transaktionen durch sein Verhalten nicht ohnehin bewusst genehmigt habe, müsse er jedenfalls mangels eigenen guten Glaubens die Genehmigungsfiktion gegen sich gelten lassen, unabhängig davon, ob sich der Kundenberater absichtlich nicht an die Kundeninstruktion gehalten habe.¹³ Daher gelange die Genehmigungsfiktion gegenüber der Beschwerdeführerin 1 zur Anwendung und infolgedessen würden die umstrittenen Optionsgeschäfte aufgrund der unterlassenen fristgerechten Beanstandung als genehmigt gelten.¹⁴

2.3 Anwendung der Genehmigungsklausel bei banklagernder Korrespondenz

Hinsichtlich der Beschwerdeführerin 2 rügen die Beschwerdeführerinnen eine offensichtlich unrichtige und in falscher Rechtsanwendung erfolgte Sachverhaltsfeststellung betreffend den Zeitpunkt der Zustellung der Bankunterlagen. Gegenstand der Beanstandung ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach der

⁸ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 4.1.

⁹ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.2.

¹⁰ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.2.

¹¹ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.3.

¹² BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.5.

¹³ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.5.

¹⁴ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.6.

Beschwerdeführerin 2 monatlich banklagernd Konto- und Depotauszüge zugestellt worden seien. Falle diese Feststellung weg, könne die Genehmigungsfiktion nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht zur Anwendung gelangen.¹⁵

Das Bundesgericht führt in diesem Zusammenhang aus, dass bei Vereinbarung banklagernder Korrespondenz die Ablage der Depotauszüge im Dossier des Kunden hinsichtlich der Widerspruchsfrist einer Genehmigungsklausel unmittelbar fristauslösend sei.¹⁶ Vor diesem Hintergrund seien die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach die banklagernde Korrespondenz der Beschwerdeführerin 2 als zugestellt gelte, sobald sie physisch oder elektronisch im Kundendossier abgelegt wurde, nicht zu beanstanden. Es komme daher im Verhältnis zur Beschwerdeführerin 2 für den Beginn der Widerspruchsfrist auf den Zeitpunkt der Ablage der Korrespondenz im Kundendossier an.¹⁷

Dem Bundesgericht zufolge setzt die Anwendung der Genehmigungsfiktion gegenüber der Beschwerdeführerin 2 indes voraus, dass zunächst festgestellt wird, wann die Depotauszüge in ihrem Dossier abgelegt wurden, um zu ermitteln, wann die Widerspruchsfrist zu laufen begann. Erst wenn dies feststehe, könne geprüft werden, ob und wann die Beschwerdeführerin 2 die fraglichen Transaktionen hätte beanstanden müssen und ob diese in der Folge als genehmigt gelten würden.¹⁸ Allerdings würden im vorinstanzlichen Urteil tatsächliche Feststellungen über den Zeitpunkt der fristauslösenden banklagernden Zustellung der massgeblichen Bankunterlagen fehlen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde dementsprechend in diesem Punkt zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück.¹⁹

III. Bemerkungen

1. Konto-/Depotbeziehung

1.1 Abgrenzung

Umstritten war im vorliegenden Fall zunächst die Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Bank X. Das Bun-

desgericht unterscheidet hinsichtlich der vertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank bei der Abwicklung von Börsengeschäften zwischen drei verschiedenen Vertragsverhältnissen: Die Vermögensverwaltung, die Anlageberatung und die blosser Konto-/Depotbeziehung.²⁰ Im Rahmen der Vermögensverwaltung wird die Bank von ihrem Kunden beauftragt, dessen Vermögen unter Einhaltung einer vertraglich vereinbarten Anlagestrategie zu verwalten.²¹ Die Bank fällt für den Kunden Anlageentscheide und setzt diese in der Folge durch Abwicklung der entsprechenden Börsentransaktionen um. Zu diesem Zweck wird der Bank eine Vollmacht über das Konto des Kunden ausgestellt, welche die Bank ermächtigt, sämtliche Handlungen auf Rechnung des Kunden vorzunehmen, die eine zweckmässige Vermögensanlage erfordert.²² Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung untersteht der Vermögensverwaltungsvertrag den Regeln des einfachen Auftrags nach den Art. 394 ff. OR.²³

Bei der Anlageberatung erbringt die Bank demgegenüber Beratungsdienstleistungen im Hinblick auf ein mögliches Investment des Kunden. Mit Erteilung der Auskunft oder der Empfehlung hat die Bank ihre vertragliche Hauptpflicht erfüllt.²⁴ Anders als bei der Vermögensverwaltung trifft also nicht die Bank, sondern der Kunde selbst den Anlageentscheid.²⁵

Im Rahmen des *execution-only*-Verhältnisses beauftragt der Kunde die Bank mit dem Erwerb oder der Veräusserung eines von ihm bezeichneten Finanzprodukts ohne vorgängige Beratung durch die Bank.²⁶ Die Bank nimmt im Rahmen eines *execution-*

²⁰ BGE 133 III 97, E. 7.1.

²¹ BGE 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E. 4.1; *Mirjam Eggen*, Finanzprodukte – Auftrag oder Kauf?, SZW 83 (2011), 625 ff., 626 f.; *Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 1679.

²² *Romeo Cerutti*, Rechtliche Aspekte der Vermögensverwaltung im Schweizer Universalbanksystem, ZSR 2008 Band I, 69 ff., 74.

²³ BGE 124 III 155, E. 2.b); BGE 119 II 333, E. 5.a).

²⁴ *Cerutti* (Fn. 22), 77.

²⁵ BGE 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E. 4.1; *Christoph P. Gutzwiller*, Die Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide der Bank, SJZ 98 (2002), 117 ff., 117 f.; Der Anlageberatungsvertrag unterliegt ebenfalls dem Recht des einfachen Auftrags; *Emch/Renz/Arpagaus* (Fn. 21), N 1752.

²⁶ *Christoph P. Gutzwiller*, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich/Basel/Genf 2008, 73; *Eggen* (Fn. 21), 628.

¹⁵ BGE 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 6.1.

¹⁶ BGE 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 6.3.

¹⁷ BGE 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 6.4.

¹⁸ BGE 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 6.6.

¹⁹ BGE 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 6.6 und E. 7.

only-Verhältnisses daher eine ausschliesslich ausführende Rolle ein und erbringt keinerlei Beratungsdienstleistungen an den Kunden. Die Leistungspflicht der Bank beschränkt sich in der Hauptsache auf die Ausführung der in Auftrag gegebenen Transaktionen.²⁷ Wie dargelegt, unterscheiden sich die vertraglichen Leistungspflichten der Bank, je nachdem ob mit dem Kunden ein Vermögensverwaltungs-, Anlageberatungs- oder *execution-only*-Vertrag besteht. Von entsprechend grosser Bedeutung ist daher im Einzelfall die Vertragsqualifikation.²⁸

Mangels substantiierter Bestreitung durch die Beschwerdeführerinnen stützte sich das Bundesgericht im vorliegenden Fall auf die rechtlichen und tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz und qualifizierte das umstrittene Vertragsverhältnis als *execution-only*-Beziehung.²⁹

1.2 Grundlagen der Konto-/Depotbeziehung

Beauftragt der Kunde seine Bank im Rahmen einer reinen Konto-/Depotbeziehung mit der Abwicklung eines Börsengeschäfts und beschränkt sich die Leistung der Bank auf deren Ausführung, entsteht zwischen den Parteien ein Kommissionsvertrag i.S. der Art. 425 ff. OR.³⁰ Die vertragliche Hauptpflicht der Bank besteht demnach in der weisungsgerechten Ausführung der in Auftrag gegebenen Transaktion.³¹ Bestimmen die Art. 425 ff. OR nichts Abweichendes, ist gemäss Art. 425 Abs. 2 OR das Recht des einfachen Auftrags auf den Kommissionsvertrag anwendbar. Die Bank ist demnach bei der Abwicklung der in Auftrag gegebenen Geschäfte zur Interessenwahrung und Sorgfalt gegenüber ihrem Kunden i.S.v. Art. 398

OR verpflichtet. Die Pflicht zur Interessenwahrung ist bei einer reinen Konto-/Depotbeziehung auf die Ausführung einzelner Transaktionen beschränkt und dementsprechend weniger umfassend als bei der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung, bei denen eine integrale Wahrung der Kundeninteressen geschuldet ist.³² Neben der Abwicklung von Börsentransaktionen erbringt die Bank im Rahmen einer Konto-/Depotbeziehung verschiedene rein administrative Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verwahrung und Verwaltung der gehaltenen Depotwerte.³³ Zudem ist die Bank auch im Rahmen eines *execution-only*-Verhältnisses zur Rechenschaft und Herausgabe i.S.v. Art. 425 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet.³⁴

1.3 Aufklärungspflichten im Besonderen

Im Rahmen einer reinen Konto-/Depotbeziehung unterliegt eine Bank gegenüber ihren Kunden einer zweistufigen Aufklärungspflicht.³⁵ Ist die Bank als Effektenhändlerin i.S. des Art. 2 lit. d BEHG tätig, gilt für sie zunächst die aufsichtsrechtliche Informationspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG.³⁶ Der zitierten Bestimmung zufolge ist eine Effektenhändlerin ihren Kunden gegenüber verpflichtet, sie auf die mit einer besonderen Geschäftsart verbundenen allgemeinen Risiken hinzuweisen. Aus Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG ergibt sich daher ein zwingender Minimalstan-

²⁷ Cerutti (Fn. 22), 76.

²⁸ Vgl. BGer 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E. 4.1; Valentin Jentsch/Hans Caspar von der Crone, Informationspflichten der Bank bei der Vermögensverwaltung: Kundenprofil und Risikoaufklärung, SZW 83 (2011), 639 ff., 643.

²⁹ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 3.1; ebenso HGer ZH HG100325-O vom 20. November 2014, E. 3.

³⁰ Eggen (Fn. 21), 628 f.; Cerutti (Fn. 22), 76 f.; Gutzwiller (Fn. 26), 73; zur Klarstellung gilt es darauf hinzuweisen, dass ein Kommissionsvertrag einzig bewegliche Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand haben kann. Auf den Kauf von nicht verbrieften Wertpapieren gelangt das Recht des einfachen Auftrags bzw. die Art. 425 ff. OR analog zur Anwendung; Eric Sibbern/Hans Caspar von der Crone, Genehmigungsfiktion und Nebenpflichten der Bankkunden, SZW 78 (2006), 70 ff., 71 Fn. 11; Gutzwiller (Fn. 26), 73.

³¹ Eggen (Fn. 21), 629; Gutzwiller (Fn. 26), 73.

³² Vgl. Cerutti (Fn. 22), 77.

³³ Siehe ausführlich zum Depotgeschäft Emch/Renz/Arpagaus (Fn. 21), N 729 ff.

³⁴ Christian Lenz/Andreas von Planta, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I; Art. 1–529, 6. Aufl., Basel 2015, N 6 zu Art. 425.

³⁵ Eric Sibbern/Hans Caspar von der Crone, Informationspflichten im Anlagegeschäft, SZW 79 (2007), 166 ff., 176.

³⁶ In der Lehre besteht Uneinigkeit über die zivilrechtliche Bedeutung von Art. 11 BEHG: Ein Teil der Lehre qualifiziert die Bestimmung als Schutznorm im Sinne von Art. 41 OR. Eine Verletzung der Informationspflicht durch die Effektenhändlerin hätte demnach eine deliktische Haftung zur Folge; Christoph P. Gutzwiller, Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht, im Anlagegeschäft der Banken, AJP (2004), 411 ff., 413. Andere Autoren sprechen sich demgegenüber bei Nichteinhaltung der Verhaltenspflichten nach BEHG für eine vertragliche Haftung aus; Rashid Bahar/Eric Stupp, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2010, N 96 zu Art. 11.

dard an Informationen, die die Bank ihren Kunden in der Regel bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung zur Verfügung stellen muss. Die Risikoaufklärung hinsichtlich der jeweiligen Geschäftsart kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung standardisiert erfolgen. Dabei ist allerdings sicherzustellen, dass die Information in allgemeinverständlicher Form und für alle Kunden gleich erfolgt, wobei der Geschäftserfahrung des Kunden gemäss Art. 11 Abs. 2 BEHG Rechnung zu tragen ist.³⁷ Aus dem Aufsichtsrecht ergibt sich hingegen keine Pflicht der Effektenhändlerin, ihre Kunden über die Risiken einer konkreten Effektenhandelstransaktion zu informieren.³⁸ Nicht unter die börsengesetzliche Informationspflicht fallen schliesslich die Erforschung der finanziellen Verhältnisse des Kunden sowie die Beurteilung, ob eine Transaktion für einen bestimmten Kunden geeignet ist (*suitability*-Prüfung).³⁹

Zwar unterliegt die Bank im Rahmen einer Konto-/Depotbeziehung auch in zivilrechtlicher Hinsicht keiner Risikoaufklärungspflicht im Hinblick auf eine bestimmte vom Kunden in Auftrag gegebene Transaktion.⁴⁰ Eine über die aufsichtsrechtliche Informationspflicht hinausgehende Aufklärungspflicht hinsichtlich eines konkreten Geschäfts kann hingegen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in Ausnahmefällen – bei Vorliegen besonderer Umstände – bejaht werden. Erkennt die Bank oder hätte sie bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müssen, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat, ist sie verpflichtet, den Kunden auf die entsprechenden Risiken hinzuweisen. Dabei sind die Anforderungen an die Aufklärungspflicht höher, wenn der Kunde nicht nur mit seinem eigenen Vermögen, sondern auch mit von der Bank gewährten Krediten spekuliert.⁴¹ Die Frage, ob die Bank im konkreten Einzelfall einer Risikoaufklärungspflicht hinsichtlich einer konkret in Auftrag gegebenen Transaktion unterliegt, kann nur infolge einer sorgfältigen Einzelfallanalyse unter Berücksichtigung

der Geschäftserfahrung des jeweiligen Kunden beantwortet werden. Dabei kommt eine entsprechende Ausweitung der Aufklärungspflicht wohl bei Privatkunden, kaum aber bei professionell agierenden Gegenparteien infrage. Von einer Aufklärungspflicht hinsichtlich der Risiken einer konkreten Transaktion ist sodann auszugehen, wenn sich in der andauernden Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden ein besonderes Vertrauensverhältnis entwickelt hat, aus dem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf.⁴²

Nach der dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterliegt die Bank im Rahmen einer reinen Konto-/Depotbeziehung ausnahmsweise einer Risikoaufklärungspflicht im Hinblick auf eine konkret in Auftrag gegebene Transaktion, wenn sie erkennt oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass der Kunde eine bestimmte, mit der Anlage verbundene Gefahr nicht erkannt hat. Anzu merken ist in diesem Zusammenhang, dass der Bankmitarbeiter über eine gewisse Kenntnis der Geschäftserfahrung bzw. Risikofähigkeit des Kunden verfügen muss, um beurteilen zu können, ob die Bank im Einzelfall einer erhöhten Risikoaufklärungspflicht unterliegt.⁴³ Zwar wird vom Kundenberater keine eigentliche *suitability*-Prüfung erwartet. Um seiner Sorgfaltspflicht nachzukommen, wird von ihm jedoch verlangt, dass er das Kundendossier zumindest summarisch prüft, um anhand vergangener Transaktionen eine ungefähre Einschätzung über die Risikokenntnis bzw. die Geschäftserfahrung des Kunden zu gewinnen.

Der vorliegende Entscheid zeigt schliesslich, dass es in der Verantwortung des Kunden liegt, das Vorliegen von Umständen darzulegen, die eine Ausweitung der generellen Informationspflicht hinsichtlich der allgemeinen Risiken einer bestimmten Geschäftsart rechtfertigen. Gelingt dies nicht, bleibt es beim Grundsatz, wonach die Bank im Rahmen einer *execution-only*-Beziehung zu keiner Risikoaufklärung im Hinblick auf einzelne Börsentransaktionen verpflichtet ist.

³⁷ BGE 133 III 97, E. 5.3.

³⁸ BGE 133 III 97, E. 5.3; *Bahar/Stupp* (Fn. 36), N 42 f. zu Art. 11.

³⁹ BGE 133 III 97, E. 5.4.

⁴⁰ BGE 133 III 97, E. 7.1.1; BGE 119 II 333, E. 5.a); BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 7.1.2; *Cerutti* (Fn. 22), 80; *Sibbern/von der Crone* (Fn. 35), 175; *Gutzwiller* (Fn. 26), 73.

⁴¹ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 4.2; BGE 133 III 97, E. 7.1.1.

⁴² BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 4.2; BGE 133 III 97, E. 7.1.2.

⁴³ *Gutzwiller* (Fn. 26), 74.

2. Genehmigungsfiktion

2.1 Zulässigkeit von Genehmigungsklauseln im Allgemeinen

Weiter hatte das Bundesgericht im vorliegenden Fall zu beurteilen, ob die Berufung auf die vereinbarte Genehmigungsklausel durch die Bank X zulässig sei und zur Genehmigung der umstrittenen Transaktionen führe.

Durch Zustellung eines Depotauszugs kommt die Bank ihrer Rechenschaftspflicht i.S.v. Art. 425 Abs. 2 i.V.m. Art. 400 Abs. 1 OR nach.⁴⁴ Weisen die zugestellten Auszüge vertrags- oder weisungswidrige Transaktionen auf und erhebt der Kunde daraufhin keinen Widerspruch, kann aus dem Schweigen des Kunden grundsätzlich keine Genehmigung zugunsten der Bank abgeleitet werden.⁴⁵ Entsprechendes ergibt sich aus Art. 6 OR, wonach das Schweigen einer Partei einzig dann als Zustimmung zu einem Geschäft qualifiziert werden darf, wenn wegen der besonderen Natur des Geschäfts oder nach den Umständen nicht mit einer ausdrücklichen Annahme zu rechnen ist. Dem Gesetzeswortlaut zufolge gilt das rein passive Verhalten einer Partei dementsprechend nur dann als Zustimmung, wenn der Antragsteller das Stillschweigen seiner Gegenpartei aufgrund der besonderen Umstände nach dem Vertrauensprinzip als Kundgabe eines rechtsgeschäftlichen Bindungswillens zum erfolgten Antrag verstehen darf.⁴⁶

Unter das Tatbestandsmerkmal der besonderen Umstände i.S.v. Art. 6 OR sind insbesondere Fälle zu subsumieren, in denen zwischen den Parteien eine Genehmigungsklausel vereinbart wurde.⁴⁷ Mit einer Genehmigungsklausel treffen die Parteien die Vereinbarung, wonach das rein passive Verhalten des Bankkunden bzw. das Unterlassen eines fristgerech-

ten Widerspruchs als Genehmigung des Kontoauszugs i.S.v. Art. 6 OR zu qualifizieren ist (Genehmigungsfiktion).⁴⁸ Gelangt der Kunde nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Frist mit einer Reklamation an die Bank, darf sie das Schweigen des Bankkunden im Grundsatz als Zustimmung zu den in den Depotauszügen aufgeführten Transaktionen verstehen. Die jeweiligen Positionen gelten infolgedessen als genehmigt und der Kunde kann sich im Rahmen eines anschliessenden Haftungsprozesses nicht auf deren Vertragswidrigkeit berufen.⁴⁹ Gemäss Rechtsprechung⁵⁰ und h.L.⁵¹ sind solche Vereinbarungen zulässig und entsprechen einem berechtigten Interesse der Banken an Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr mit ihren Kunden. Ist die Genehmigungsklausel in den Allgemeinen Geschäfts- oder Depotbedingungen (AGB) der Bank enthalten, gilt diese nur dann als gültig vereinbart, wenn der Kunde bei Vertragsschluss auf die AGB hingewiesen wurde und er die Möglichkeit hatte, sich von deren Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen.⁵²

2.2 Anwendbarkeit der Genehmigungsklausel im Einzelfall

Von der Zulässigkeit einer Genehmigungsklausel in genereller Hinsicht gilt es die Frage nach deren Anwendbarkeit und dem Eintritt der Genehmigungsfiktion im Einzelfall zu unterscheiden. Damit sich die Bank im konkreten Fall auf die vereinbarte Genehmigungsklausel berufen kann und die Genehmigungsfiktion hinsichtlich vertrags- oder weisungswidrig getätigter Transaktionen eintritt, müssen die nachfolgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- *Erfüllung der Aufklärungspflichten durch die Bank:*⁵³ Zunächst wird vorausgesetzt, dass die Bank ihren Aufklärungspflichten nachgekom-

⁴⁴ Hans Beat Mathys, Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktionen, Diss. Zürich 1997, 143 f.

⁴⁵ BGE 112 II 500, E. 3.b); Corinne Zellweger-Gutknecht/Eugen Bucher, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 4 zu Art. 6; Mathys (Fn. 44), 145 f.; Gutzwiler (Fn. 26), 192 f.; Ahmet Kut, in: Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 1 zu Art. 6.

⁴⁶ Zellweger-Gutknecht/Bucher (Fn. 45), N 3 zu Art. 6.

⁴⁷ Vgl. Zellweger-Gutknecht/Bucher (Fn. 45), N 14 zu Art. 6; Sibbern/von der Crone (Fn. 30), 73; Kut (Fn. 45), N 9 zu Art. 6.

⁴⁸ BGer 4C.175/2006 vom 4. August 2006, E. 2.1; BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.2; Kut (Fn. 45), N 9 zu Art. 6.

⁴⁹ Siehe zu den Rechtsfolgen der Genehmigungsfiktion hinten III. 2.3.

⁵⁰ BGer 4C.175/2006 vom 4. August 2006, E. 2.1; BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.1.

⁵¹ Sibbern/von der Crone (Fn. 30), 74; Gutzwiler (Fn. 26), 194 f.

⁵² Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil; Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 1123 ff.

⁵³ Vgl. BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 4; Gutzwiler (Fn. 25), 121.

men ist.⁵⁴ Eine Genehmigungsfiktion kann nicht eintreten, wenn der Bankkunde mangels rechtsgenügender Aufklärung die in den Bankauszügen aufgeführten Transaktionen nicht versteht und die damit verbundenen Risiken nicht nachzuvollziehen vermag.

- *Auflistung vertrags-/weisungswidriger Transaktionen im Depotauszug:*⁵⁵ Gegenstand einer Genehmigungsfiktion können nur Transaktionen sein, die der Kunde kannte bzw. für welche zumindest die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand. Für die Anwendung der Genehmigungsklausel wird daher im Einzelfall vorausgesetzt, dass die vertragswidrigen Transaktionen im Depotauszug klar ausgewiesen wurden. Nicht gefordert wird hingegen, dass die Bank vertrags- bzw. weisungswidrige Positionen als solche ausdrücklich bezeichnet.
- *Objektive Zumutbarkeit und Möglichkeit des Widerspruchs:*⁵⁶ Weiter ist erforderlich, dass es dem Kunden objektiv möglich und zumutbar war, innerhalb der vereinbarten Frist Widerspruch gegen die unautorisierten Transaktionen zu erheben. Dies setzt insbesondere voraus, dass dem Kunden die Depotauszüge gültig zugestellt wurden⁵⁷ und dass die Widerspruchsfrist zeitlich so angesetzt ist, dass der Kunde die Möglichkeit hatte, fristwährend mit einer Reklamation an die Bank zu gelangen.⁵⁸
- *Kein fristgerechter Widerspruch durch den Kunden:* Um den Eintritt der Genehmigungsfiktion zu verhindern, muss der Kunde die umstrittenen Transaktionen vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Widerspruchsfrist gegenüber der Bank rügen. Dabei beginnt die Widerspruchsfrist mit der Zustellung des Depotauszugs an den Kunden zu laufen.⁵⁹ Weiter obliegt es dem Kunden, seine Reklamation mit der notwendigen Klarheit zu formulieren, damit für die Bank eindeutig ersichtlich ist, dass er die im Depotauszug aufge-

führten Transaktionen rügt. Es wird daher vom Kunden zu fordern sein, dass er seinen Widerspruch unbedingt zum Ausdruck bringt und dass er die von ihm gerügten Transaktionen so bezeichnet, dass für die Bank erkennbar ist, auf welche Positionen sich die Reklamation bezieht. Eine pauschale Bestreitung des Inhalts eines Kontoauszugs genügt nicht, um den Eintritt der Genehmigungsfiktion zu verhindern. Darüber hinaus bleibt es den Parteien unbenommen, im Rahmen der Genehmigungsklausel weitere Anforderungen formeller Natur, insbesondere Form-erfordernisse, für die Rüge des Kunden festzulegen.

- *Erfolgreicher Nachweis besonderer Umstände i.S.v. Art. 6 OR:* Das Unterlassen eines Widerspruchs gegenüber einem zugestellten Depotauszug gilt nach Art. 6 OR nur dann als Genehmigung der darin aufgeführten Transaktionen, wenn die Bank nachzuweisen vermag, dass sie aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nach Treu und Glauben annehmen durfte, das Schweigen des Kunden gelte als Zustimmung zum Depotauszug. Der Nachweis besonderer Umstände, welche die Anwendung von Art. 6 OR rechtfertigen, obliegt der Bank.⁶⁰ Wurde zwischen Bank und Kunde eine Genehmigungsklausel vereinbart, wird sich die Bank grundsätzlich darauf berufen können, dass sie das Schweigen des Kunden gestützt auf die vertraglich vereinbarte Regel in guten Treuen als Zustimmung zum zugestellten Depotauszug verstehen durfte. Weiss die Bank allerdings von der Nichtgenehmigung bzw. hätte sie wissen müssen, dass der Kunde den Depotauszug nicht genehmigen würde, kann sie das Unterlassen eines fristgerechten Widerspruchs nicht in guten Treuen als Genehmigung der vertragswidrigen Transaktionen verstehen.⁶¹ Die Berufung auf die Genehmigungsklausel bleibt der Bank demzufolge verwehrt, wenn sie (i) sich auf die Klausel beruft, um den Kunden absichtlich zu schädigen,⁶² (ii) Transaktionen getätigt hat, die gänzlich ausserhalb des vereinbarten Vertragsgefig-

⁵⁴ Siehe dazu im Einzelnen III. 1.3.

⁵⁵ Vgl. Urs Bertschinger, Sorgfaltspflichten der Bank bei Anlageberatung und Verwaltungsaufträgen, Diss. Zürich 1991, 16 ff.; Gutzwiller (Fn. 25), 122.

⁵⁶ BGer 4C.175/2006 vom 4. August 2006, E. 2.1; Sibbern/von der Crone (Fn. 30), 73.

⁵⁷ Siehe zur fristauslösenden Zustellung III.3.

⁵⁸ Vgl. Mathys (Fn. 44), 155 f.

⁵⁹ Siehe zum Beginn der Widerspruchsfrist III.3.

⁶⁰ Zellweger-Gutknecht/Bucher (Fn. 45), N 6 zu Art. 6.

⁶¹ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.2; BGer 4C.175/2006 vom 4. August 2006, E. 2.1.

⁶² Vgl. im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauchsverbot BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.2.

ges liegen,⁶³ oder (iii) wenn sie nach mehrjähriger Verwaltung unter Einhaltung der mündlich erteilten Weisungen des Kunden hiervon ohne vorhersehbaren Grund abgewichen ist und der Kunde nicht mit einer entsprechenden Abweichung rechnen musste.⁶⁴ In den geschilderten Fällen kann die Bank nicht davon ausgehen, der Kunde werde die vertragswidrigen Transaktionen genehmigen. Dementsprechend darf sie das Schweigen des Bankkunden auch bei Geltung einer Genehmigungsklausel nicht in guten Treuen als Genehmigung der zugestellten Depotauszüge verstehen. Die entsprechenden Ausführungen gelten unabhängig davon, ob zwischen der Bank und dem Kunden banklagernde oder postalische Zustellung vereinbart wurde.⁶⁵

Sind die obigen Voraussetzungen erfüllt, kann sich die Bank auf die Genehmigungsfiktion berufen und die im zugestellten Depotauszug aufgeführten Transaktionen gelten infolgedessen als genehmigt.

Nach der dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichts⁶⁶ kann das Gericht einer grundsätzlich gültigen Genehmigungsklausel unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbots die Anwendung versagen, wenn diese nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führen würde.⁶⁷ Zwar ist dem Bundesgericht im Ergebnis zuzustimmen; u.E. ergibt sich diese Lösung allerdings ohne Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot i.S.v. Art. 2 Abs. 2

ZGB bereits aus Art. 6 OR. In Konstellationen, in denen die Berufung auf die Genehmigungsklausel im Einzelfall rechtsmissbräuchlich wäre, hätte die Bank erkennen müssen, dass der Kunde den entsprechenden Depotauszug nicht genehmigen würde. Wie dargelegt, darf die Bank in solchen Fällen das Unterlassen eines fristgerechten Widerspruchs von vornherein nicht als Genehmigung der Depotauszüge verstehen. Es liegt kein Anwendungsfall von Art. 6 OR vor und dementsprechend tritt auch die Genehmigungsfiktion nicht ein.

2.3 Rechtsfolgen der Genehmigungsfiktion

Ist die Bank im Rahmen einer reinen Konto-/Depotbeziehung von den Weisungen des Kunden bzw. der vertraglichen Grundlage abgewichen und hat der Kunde fristgerecht und genügend bestimmt gegen die unautorisierten Transaktionen Widerspruch erhoben, stellt die Abweichung eine Vertragsverletzung dar. Führt die Transaktionen für den Kunden zu einem Verlust, ist die Bank im Umfang des eingetretenen Schadens ersatzpflichtig.⁶⁸

Mit Eintritt der Genehmigungsfiktion billigt der Bankkunde hingegen nachträglich die weisungs- bzw. vertragswidrig erfolgten Transaktionen. Rechtsfolge davon ist, dass der Kunde sich in einem anschliessenden Haftungsprozess nicht auf die tatbestandsmässige Vertrags- bzw. Pflichtwidrigkeit der Transaktionen berufen kann.⁶⁹ Das Unterlassen eines fristgerechten Widerspruchs führt immerhin nicht zu einer konkludenten Vertragsanpassung. Die Genehmigungsfiktion gilt einzig für die im jeweiligen Depotauszug aufgeführten Transaktionen. Bei künftigen, vergleichbaren weisungswidrigen Transaktionen kann sich die Bank deshalb nicht auf den vormals unterlassenen Widerspruch berufen.⁷⁰

⁶³ Dazu eingehend III.2.4.

⁶⁴ Vgl. im Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauchsverbot BGer 4C.378/2004 vom 30. Mai 2005, E. 2.2.

⁶⁵ Anzumerken ist, dass sich das Bundesgericht bisher – soweit ersichtlich – einzig bei Vereinbarung banklagernder Korrespondenz zur missbräuchlichen Berufung auf eine Genehmigungsklausel geäussert hat. Hinsichtlich der Beschwerdeführerin 1 war postalische Zustellung vereinbart. Die Erwägungen des Bundesgerichts und insbesondere die Feststellung, im vorliegenden Fall sei die Anwendung der Genehmigungsfiktion im Verhältnis zur Beschwerdeführerin 1 vor dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht zu beanstanden, deuten darauf hin, dass die geschilderte Rechtsprechung zur rechtsmissbräuchlichen Berufung auf eine Genehmigungsklausel für alle Kunden gilt, unabhängig davon, ob banklagernde oder postalische Zustellung vereinbart war; so bereits *Sibbern/von der Crone* (Fn. 30), 75.

⁶⁶ Siehe dazu vorne II.2.2.

⁶⁷ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.2.

⁶⁸ Vgl. *Sandro Abegglen/Bertrand G. Schott*, Einsatz alternativer Anlagen in der Vermögensverwaltung – Rechtliche und regulatorische Aspekte unter besonderer Berücksichtigung der auf Banken anwendbaren Regeln, *GesKR* 2010, 476 ff., 488; *Gutzwiller* (Fn. 25), 120; siehe zum Sonderfall der unautorisierten Transaktionen III.2.4.

⁶⁹ *Abegglen/Schott* (Fn. 68), 488; *Gutzwiller* (Fn. 25), 119 f.

⁷⁰ *Gutzwiller* (Fn. 25), 120.

2.4 Anwendung der Genehmigungsklausel bei unautorisierten Transaktionen

2.4.1 Keine Genehmigungsfiktion trotz Unterlassen eines fristgerechten Widerspruchs

Anders als bei der Vermögensverwaltung, in deren Rahmen der Bank die Befugnis eingeräumt wird, auf Rechnung des Kunden Rechtsgeschäfte abzuschliessen, beschränkt sich der Vertragsgegenstand bei einem reinen Konto-/Depotverhältnis auf die Abwicklung vom Kunden in Auftrag gegebener Transaktionen.⁷¹ Bei einem *execution-only*-Vertrag wird der Bank keine Verfügungsbefugnis über das Konto des Kunden eingeräumt. Entsprechend ist sie nicht ermächtigt, ohne Weisung des Kunden Geschäfte auszuführen. Von der Bank eigenmächtig getätigte Transaktionen liegen gänzlich ausserhalb des vereinbarten Vertragsgefüges und entbehren einer vertraglichen Grundlage.⁷² Entsprechende Transaktionen unterliegen daher den Bestimmungen der echten unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag.⁷³ Danach haftet die Bank i.S.v. Art. 420 Abs. 3 OR für Verluste, die infolge unautorisierter Transaktionen eintreten.

Im vorliegenden Fall hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob eine Genehmigungsfiktion hinsichtlich unautorisierter Transaktionen im Rahmen einer reinen Konto-/Depotbeziehung zur Anwendung gelangen könne. Dem Grundsatz nach ist diese Frage zu verneinen. Ein Kunde, der mit seiner Bank eine reine Konto-/Depotbeziehung eingeht, bringt damit klar den Willen zum Ausdruck, sich die Verwaltung seines Vermögens selbst vorbehalten, mithin die Dienstleistungen der Bank einzig in Bezug auf das *Clearing* und *Settlement* in Anspruch nehmen zu wollen. Eine Bank, die im Rahmen einer reinen Konto-/Depotbeziehung unautorisiert Transaktionen tätigt, wird vor dem geschilderten Hintergrund nicht darauf vertrauen dürfen, der Kunde werde die vertragswidrigen Ge-

schäfte genehmigen.⁷⁴ Entsprechend darf die Bank auch das Unterbleiben eines fristgerechten Widerspruchs aufgrund ihres Wissens um die Nichtgenehmigung von vornherein nicht als stillschweigende Genehmigung i.S.v. Art. 6 OR verstehen.⁷⁵ Dem Kunden, der es innerhalb der vertraglichen Rügefrist unterlässt, Widerspruch zu erheben, bleibt es dementsprechend unbenommen, sich nachträglich auf die Vertragswidrigkeit derartiger Transaktionen zu berufen. Dies gilt insbesondere für Kunden, die eine banklagernde Zustellung vereinbart haben und in der Regel erst einige Zeit nach Eintritt der Zustellungsfiktion von den unautorisierten Transaktionen Kenntnis erhalten. Vor dem Hintergrund der allgemeinen Schadensminderungspflicht wird vom Kunden immerhin zu fordern sein, dass er die unautorisierten Transaktionen nach deren Entdeckung umgehend seiner Bank anzeigt, um weiter gehende Verluste zu verhindern.⁷⁶

Die Anwendung einer Genehmigungsfiktion bei einer Konto-/Depotbeziehung ist dem Gesagten zufolge auf Fälle beschränkt, in denen die Bank im Rahmen einer in Auftrag gegebenen Transaktion von einer Kundenweisung abweicht. Denkbar ist namentlich, dass eine Bank ein vom Kunden bezeichnetes Geschäft in grösserem Umfang als gefordert oder zu einem höheren bzw. tieferen Preis abwickelt.

2.4.2 Eintritt der Genehmigungsfiktion bei treuwidrigem Verhalten des Kunden

Beim Entscheid, ob im Einzelfall das Unterlassen einer fristgerechten Rüge zur Genehmigung der unautorisierter Transaktionen führt, darf das Verhalten des Bankkunden nicht ausser Acht gelassen werden. Im Geschäftsverkehr zwischen Bank und Kunde haben beide Parteien ihr Verhalten nach dem Gebot von Treu und Glauben i.S.v. Art. 2 Abs. 1 ZGB zu richten. Entdeckt der Kunde in seinen Kontoauszügen Transaktionen, welche ohne seine Genehmigung getätigt wurden und nimmt er infolgedessen mit seiner Bank

⁷¹ Siehe zur Abgrenzung vorne III.1.1.

⁷² Siehe zur Anlageberatung *Sibbern/von der Crone* (Fn. 30), 72.

⁷³ Bei einer reinen Konto-/Depotbeziehung liegt ein Einmischungsverbot seitens des Kunden vor. Dementsprechend kann sich die Bank nicht darauf berufen, die Transaktion sei im Interesse des Kunden erfolgt; *Sibbern/von der Crone* (Fn. 30), 72.

⁷⁴ In Ausnahmefällen kann das Einmischungsverbot für die Bank unbeachtlich sein, z.B. wenn sich eine kurz vor dem Verfalltermin befindende Option vorteilhaft ausüben lässt und der Kunde zwecks Einholung seines Einverständnisses nicht erreichbar ist; *Sibbern/von der Crone* (Fn. 30), 72.

⁷⁵ Zur Anlageberatung *Sibbern/von der Crone* (Fn. 30), 76; *Bertschinger* (Fn. 55), 215.

⁷⁶ Vgl. zur Schadensminderungspflicht *Sibbern/von der Crone* (Fn. 30), 77.

Kontakt auf, um dagegen Widerspruch zu erheben, darf die Bank davon ausgehen, die beanstandeten Transaktionen seien dem Kunden bekannt. Sind in den Kontoauszügen der Folgemonate die unautorisierten Transaktionen weiterhin aufgeführt und unternimmt der Kunde nichts weiter dagegen, weil die Anlagen gewinnbringend sind, handelt er in Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, wenn er sich später – sobald Verluste eintreten – auf die anfängliche Rüge beruft. Trotz der anfänglichen Rüge schafft der Kunde gegenüber der Bank den Anschein, er sei mit den ihm bekannten gewinnbringenden Transaktionen einverstanden, wenn er es in den Folgemonaten unterlässt, erneut gegen die nicht autorisierten Positionen Widerspruch zu erheben. Beruft sich der Kunde dann erst bei Eintritt eines Verlusts darauf, die Genehmigungsfiktion gelange nicht zur Anwendung, handelt er widersprüchlich und somit entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben. Als Konsequenz seines widersprüchlichen Verhaltens muss der Kunde die Genehmigungsfiktion auch in Bezug auf unautorisierte Transaktionen im Rahmen eines *execution-only*-Verhältnisses gegen sich gelten lassen. Das Bundesgericht hält daher im vorliegenden Fall zu Recht fest, dass ein Kunde, der in seinen Depotauszügen Transaktionen findet, die er nicht in Auftrag gegeben hat und nicht gegen sich gelten lassen will, sich nicht mit einer einmaligen telefonischen Reklamation bzw. einem Gespräch mit dem Kundenbetreuer begnügen und die weitere Entwicklung abwarten darf, um ausserhalb der Rügefrist, wenn Verluste eingetreten sind, sämtliche angeblich nicht autorisierten Transaktionen zu beanstanden.⁷⁷

2.4.3 Zusammenfassung

Transaktionen, die im Rahmen einer reinen Konto-/Depotbeziehung ohne Weisung des Kunden getätigt wurden, liegen gänzlich ausserhalb des vertraglich vereinbarten Rahmens. Das Unterlassen eines fristgerechten Widerspruchs durch den Kunden kann daher nicht als stillschweigende Genehmigung im Sinne von Art. 6 OR qualifiziert werden. Eine Genehmigungsklausel gelangt daher hinsichtlich unautorisierter Transaktionen im Rahmen eines *execution-only*-Verhältnisses dem Grundsatz nach nicht zur Anwendung.

Gibt der Bankkunde allerdings im Einzelfall zu erkennen, dass er Kenntnis von den nicht autorisierten Transaktionen hat und erweckt er trotz einer anfänglichen Rüge gegenüber der Bank den Anschein, er sei mit den vertragswidrigen Positionen einverstanden, handelt er treuwidrig, wenn er sich später – wenn Verluste eingetreten sind – darauf beruft, die Genehmigungsfiktion sei nicht anwendbar. In einer solchen Sonderkonstellation muss der Bankkunde infolge seines den Grundsatz von Treu und Glauben verletzenden Verhaltens die Genehmigungsfiktion auch hinsichtlich unautorisierter Transaktionen gegen sich gelten lassen.

3. Zustellungsfiktion bei Vereinbarung banklagernder Korrespondenz

Die im Zusammenhang mit einer Genehmigungsklausel angesetzte Widerspruchsfrist beginnt mit der Zustellung des jeweiligen Kontoauszugs zu laufen. Hinsichtlich der Zustellung gilt auch in Bezug auf Bankunterlagen im Grundsatz die Zugangstheorie.⁷⁸ Danach gilt eine Willenserklärung als zugegangen, sobald diese in den Machtbereich des Adressaten gelangt, so dass der Adressat bei normaler Organisation seines Geschäftsverkehrs in der Lage ist, davon Kenntnis zu nehmen.⁷⁹ Die vertraglich vereinbarte Widerspruchsfrist beginnt daher bei Vereinbarung postalischer Zustellung im Zeitpunkt, in dem der Depotauszug dem Kunden – zu einer Zeit, in der mit der Leerung gerechnet werden darf – in den Briefkasten gelegt wird. Ob der Empfänger tatsächlich von den Depotauszügen Kenntnis nimmt, ist für den Beginn des Fristenlaufs nicht entscheidend.⁸⁰ Mit der Vereinbarung banklagernder Korrespondenz kommen die Parteien überein, dass die Korrespondenz nicht per Post an die Adresse des Kunden geschickt, sondern banklagernd aufbewahrt und zur freien Verfügung des Kunden gehalten wird.⁸¹ Die Parteien weichen damit von der Zugangstheorie ab. Die Korrespondenz gilt somit nicht erst mit Eingang in den Machtbereich des Kunden als zugegangen, sondern – je nach Vereinbarung – bereits mit der elektronischen

⁷⁸ Siehe dazu *Gauch/Schlupe/Schmid* (Fn. 52), N 193 ff.

⁷⁹ BGE 137 III 208, E. 3.1.2.

⁸⁰ Vgl. BGE 137 III 208, E. 3.1.2.

⁸¹ *Bertschinger* (Fn. 55), 212 f.; *Emch/Renz/Arpagaus* (Fn. 21), N 708; *Thomas Christen*, Vermögensverwaltungsaufrag an die Bank, BJM (1994), 113 ff., 126.

⁷⁷ BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 5.5; BGer 4C.194/2005 vom 28. September 2005, E. 3.2.3.

oder physischen Ablage im Dossier des Kunden⁸² bzw. an jenem Tag, dessen Datum die Korrespondenz trägt.⁸³ Entsprechende Vereinbarungen sind nach verbreiteter Auffassung zulässig.⁸⁴

Gilt neben der Banklagernd-Weisung im Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden eine Genehmigungsklausel, sieht sich der Kunde mit einem erhöhten Risiko konfrontiert, die Widerspruchsfrist ohne Kenntnisnahme der vertragswidrigen Transaktionen verstreichen zu lassen. Die Frist für die Reklamation beginnt bei Ablage des Depotauszugs bzw. am Ausstellungsdatum zu laufen, also ohne eigentliche Möglichkeit für den Kunden, von den vertragswidrigen Vorgängen Kenntnis zu nehmen.⁸⁵ Die Weisung, die Korrespondenz zwischen Bank und Kunde banklagernd aufzubewahren, erfolgt in der Regel auf Veranlassung des Kunden und dient in überwiegender Weise seinem Diskretionsinteresse.⁸⁶ Entsprechend trägt der Kunde, der freiwillig auf eine Zustellung der Unterlagen an seine Heim- oder Geschäftsadresse zugunsten einer banklagernden Aufbewahrung verzichtet, im Grundsatz das erhöhte Risiko, die Widerspruchsfrist einer Genehmigungsklausel zu verpassen. Da die Genehmigungsfiktion – wie dargelegt – insbesondere hinsichtlich Transaktionen, die im Rahmen einer *execution-only*-Beziehung unautorisiert getätigt wurden, nicht zur Anwendung gelangt, ist den Interessen des Kunden u.E. auch bei Vereinbarung banklagernder Korrespondenz mit der Regelung von Art. 6 OR zur Genüge Rechnung getragen.

4. Schlussbemerkungen

Ein zugestellter Depotauszug gilt als stillschweigend genehmigt, wenn es der Bank gelingt, darzulegen, dass sie aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nach Treu und Glauben annehmen durfte, das Unterlassen eines fristgerechten Widerspruchs durch den Kunden gelte als Genehmigung der im Depotauszug aufgeführten Transaktionen. Gilt im Verhältnis zwischen Bank und Kunde eine Genehmigungsklausel und gelangt Letzterer nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Frist mit einer Reklamation an die Bank, darf sie das Schweigen des Bankkunden in guten Treuen grundsätzlich als stillschweigende Genehmigung des Depotauszugs i.S.v. Art. 6 OR verstehen. Die Berufung auf eine Genehmigungsklausel bleibt der Bank allerdings im Rahmen eines *execution-only*-Verhältnisses hinsichtlich unautorisiert getätigter Transaktionen verwehrt. Durch Eingehung einer reinen Konto-/Depotbeziehung bringt der Kunde gegenüber seiner Bank eindeutig seinen Willen zum Ausdruck, sich die Verwaltung seines Vermögens selbst vorbehalten zu wollen. In Anbetracht des Vertragszwecks kann die Bank nicht darauf vertrauen, der Kunde werde die nicht autorisierten Transaktionen genehmigen. Dementsprechend ist das Unterlassen eines fristgerechten Widerspruchs bei unautorisierten Transaktionen im Rahmen eines *execution-only*-Verhältnisses nicht als Genehmigung zu qualifizieren.

⁸² BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 6.3; BGer 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E. 4.3.

⁸³ Emch/Renz/Arpagaus (Fn. 21), N 708; Bertschinger (Fn. 55), 213; Gutzwiller (Fn. 26), 236.

⁸⁴ Vgl. BGer 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, 4.3; BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015, E. 6.3.

⁸⁵ BGer 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E. 4.3.

⁸⁶ Bertschinger (Fn. 55), 213.